

表见代理中的被代理人可归责性

朱 虎^{*}

内容提要：关于表见代理，民法总则延续了合同法的规定形式，就表见代理构成中是否要求被代理人的可归责性仍然不清晰。采取积极信赖保护方式的善意取得和表见代理具有结构相似性，可透过善意取得规范抽取出权利外观责任的一般性评价，因此，与善意取得的构成相一致，表见代理的构成中也应包括被代理人的可归责性，且应采取风险归责原则予以解释和具体构建。该原则具有动态综合权衡的特征，为实现确定性可予以具体化。此时应区分不同案例类型，比较权衡行为人的信息成本、被代理人的防免成本、被代理人是否获益、双方的救济成本和商事交易的特性等因素，分别予以实质性论证，将风险归责原则具体化到不同案例类型的规则中。同时，即使被代理人不具有可归责性因此不承担积极信赖保护责任，但其仍可能要承担消极信赖保护责任，以实现法律后果方面的比较权衡。

关键词：表见代理 善意取得 信赖保护 可归责性 风险归责

一、问题的提出

关于表见代理，《中华人民共和国民法总则》第172条延续了合同法第49条的规定。仍存在争议的一个重要问题是，既然表见代理的法律后果是被代理人承担代理行为有效的后果，那么在表见代理的构成中应否考虑被代理人的因素；如对此作肯定回答，则应如何考虑。

全国人大法工委对此认为，表见代理的构成无需考虑被代理人的因素。^{〔1〕}学说观点则各异。有些主张无需考虑；^{〔2〕}有些主张考虑并将之作为表见代理的构成之一，但在如何考虑被代理人因素方面却出现分歧，考虑重点是被代理人对代理权外观产生是否具有过错（过错

* 中国人民大学商事法律科学研究中心副研究员，中国人民大学法学院副教授。

本文系中国人民大学科学研究基金（中央高校基本科研业务费专项资金资助）的项目成果（批准号：15XNI002）。

〔1〕 参见胡康生主编：《〈中华人民共和国合同法〉释义》，法律出版社2013年版，第97页。

〔2〕 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第241页以下。孙鹏虽然在解释论层面主张考虑被代理人因素，但在立法论层面则主张不考虑。参见孙鹏：《表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心》，《云南大学学报（法学版）》2004年第1期，第80页。

归责),〔3〕或者代理权外观产生是否与被代理人存在关联(诱因归责),或者是否属于被代理人应承担的风险范围(风险归责),〔4〕或者综合考量所有因素。〔5〕有些虽然主张考虑被代理人因素,但不将之作为表见代理的独立构成要件,而是将之纳入相对人善意中加以考察。〔6〕

司法实践中,《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号)第13条没有将被代理人的可归责性作为表见代理的独立要件,但第14条提出要综合考虑多种因素,其中“建筑单位是否知道项目经理的行为”体现了被代理人的因素。《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》(法释〔1998〕7号)第4—6条区分了代理权外观证明被借用、作为被代理人的企业未收回代理权外观证明或未通知第三人的情形,和行为人盗用、伪造、擅自保留代理权外观证明的情形,作为被代理人的单位在前种情形中应对善意相对人承担赔偿责任,在后种情形中则不承担赔偿责任,这似乎是认为后种情形中不构成表见代理,已考虑了被代理人的因素。细究其规范逻辑,似并未采纳过错归责原则,因为被代理人对代理权外观证明被盗用等可能是具有过错的,却并不构成表见代理。但其第5条第2款的规定又使之模糊不清,该款规定行为人私刻单位公章或擅自使用代理权外观证明,如果被代理人有明显过错,则要对相对人承担赔偿责任。各地方高院的意见中,有些未明确提出但却考虑了被代理人因素;〔7〕有些明确提出,但却在如何具体考虑被代理人因素上观点不一。〔8〕既有判例多依据合同法第49条展开论证,并未明确将被代理人因素作为表见代理的独立要件,但在认定相对人善意时考虑到了被代理人因素。〔9〕

民法总则第三次审议稿第176条规定了表见代理的构成中要考虑被代理人的因素,在

〔3〕 参见崔建远:《民法总论》,清华大学出版社2010年版,第115页;龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第588页以下。

〔4〕 参见王利明:《民法总论研究》,中国人民大学出版社2012年版,第690页以下;朱庆育:《民法总论》,法律出版社2013年版,第360页;李永军:《民法总论》,法律出版社2006年版,第710页,第714页;朱广新:《信赖保护原则及其在民法中的构造》,中国人民大学出版社2013年版,第196页;杨代雄:《表见代理的特别构成要件》,《法学》2013年第2期,第60页以下。

〔5〕 参见叶金强:《表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考》,《法律科学》2010年第5期,第39页。

〔6〕 参见尹田:《我国新合同法中的表见代理制度评析》,《现代法学》2000年第5期,第116页;罗瑶:《法国表见代理构成要件研究——兼评我国〈合同法〉第49条》,《比较法研究》2011年第4期,第69页以下;冉克平:《表见代理本人归责性要件的反思与重构》,《法律科学》2016年第1期,第76页以下。

〔7〕 例如,上海高院《商事合同案件适用表见代理要件指引(试行)》第5条没有将被代理人的可归责性作为表见代理的构成要件,但第6条“关于权利外观的主要考量因素”中却考虑了被代理人的一些因素。

〔8〕 例如,2003年《江苏省高级人民法院二庭——民事审判中的若干问题》第四部分第2条明定“本人有无过错并非表见代理的构成要件”,但2005年《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要(一)》则在第四部分第14条规定表见代理“应当以被代理人的行为与外观的形成具有一定的牵连性即被代理人具有一定的过错为前提”,将诱因归责和过错归责混为一谈。2014年《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》第8条第2款则规定“买受人信赖出卖人享有代理权法律外观的形成系不可归因于房屋所有权利人的,不构成前款规定的表见代理”,未采过错归责。

〔9〕 例如,在“中国银行合肥市桐城路分理处与合肥东方房地产有限责任公司等借款、抵押担保合同纠纷上诉案”(最高人民法院〔2000〕经终字第220号民事判决书)中,法院认为被代理人收回授权委托的函件往来行为并未对外公示,且在行为人作出代理行为时也未实际收回其公章、贷款证等物品,这考虑了被代理人因素。类似的还有“中国银行股份有限公司太原并州支行与太原市大复盛房地产开发有限公司借款担保合同纠纷再审案”(最高人民法院〔2011〕民提字第316号民事判决书)、“王忠东诉张健全买卖合同纠纷案”(福建省厦门市中级人民法院〔2009〕厦民终字第2005号民事判决书)、“余姚镇东郊村股份经济合作社与朱友尧借款纠纷再审案”(《审判监督指导·案例评析》2004年第2期)等。

“行为人伪造他人的公章、合同书或者授权委托书等，假冒他人的名义实施民事法律行为的”和“被代理人的公章、合同书或者授权委托书等遗失、被盗，或者与行为人特定的职务关系已经终止，并且已经以合理方式公告或者通知，相对人应当知悉的”情形中，不构成表见代理，而最终通过的民法总则第172条则将这些明确列举情形予以删除，对于表见代理的构成中是否要求被代理人的可归责性这个问题，仍然留白。

因此，关于表见代理构成中的被代理人可归责性这个论题，可分为以下两个分问题：第一，表见代理的构成中是否应考虑被代理人的因素，也即是否需要被代理人的可归责性；第二，如果应考虑，判断被代理人可归责性的标准是什么？如何将之具体化？本文即围绕这两个分问题予以展开。

二、被代理人可归责性的确立

（一）法秩序的内在价值决断：表见代理与善意取得

在德国法中，表见代理（Rechtsscheinsvollmacht）包括德国民法典第171—173条所规定情形，同时还包括判例中的容忍代理和表象代理（Duldungs-und Anscheinsvollmacht）。^{〔10〕}前两种情形中被代理人的可归责性显而易见；^{〔11〕}表象代理指的是被代理人不知道行为人为代理行为，但是他本可知悉并阻止该行为，虽然对其的承认仍然存在疑义，但只要承认，就仍要考虑被代理人的可归责性。^{〔12〕}日本法和法国法则在“合理信赖”的客观环境要素中考虑了被代理人的可归责性。^{〔13〕}我国台湾民法第107条、第169条规定了表见代理制度，通说认为应考虑被代理人的可归责性。^{〔14〕}美国《代理法重述（第三次）》第2.03条、第2.05条以被代理人是否对第三人作出授予代理权的表示作为区分标准，分别规定了表象代理（Apparent Authority）和“禁反言代理”（Estoppel to Deny Existence of Agency Relationship），两者都明确要求被代理人的可归责性。^{〔15〕}《国际商事合同通则》第2.2.5条、《欧洲合同法原则》第3:201条、《国际货物销售代理公约（草案）》第14条和《欧洲私法共同参考框架草案》（DCFR）第II—6:103条第3款都要求表见代理的构成必须存在被代理人导致（induces或者causes）相对人合理信赖这个要件。

但是，即使从比较法的角度认为被代理人的可归责性通常在表见代理的构成中被考虑，也并不能必然得出我国法规范实然和应然的结论。表见代理构成中应否考虑被代理人的可

〔10〕 我国通常将 Anscheinsvollmacht 翻译为“表见代理”，但其仅仅是 Rechtsscheinsvollmacht 的一种，后者相当于我国法中的表见代理，故本文将前者称为“表象代理”。

〔11〕 参见〔德〕布洛克斯、瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社2012年版，第339页。

〔12〕 MüKoBGB/Schubert, 2015, § 167, Rn. 111ff.; Staudinger/Schilken, 2014, § 167, Rn. 40; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., C. H. Beck, 2004, S. 895. 该版改变了拉伦茨之前反对象表代理的观点。

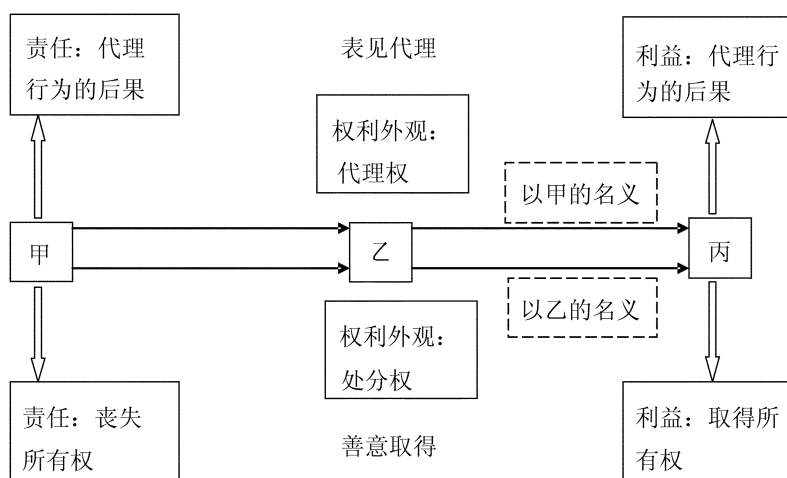
〔13〕 参见〔日〕山本敬三：《民法讲义I总则》，解亘译，北京大学出版社2012年版，第338页，第339页；前引〔6〕，罗瑶文，第56页以下。

〔14〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第304页；陈自强：《民法讲义I》，法律出版社2002年版，第265页。但陈自强对于第107条是否为表见代理则观点相反。

〔15〕 据此，有学者认为表象代理和禁反言代理具有实质相似性，应予统一。See Chad P. Wade, *The Double Doctrine Agent: Streamlining the Restatement Third of Agency by Eliminating the Apparent Agency Doctrine*, 42 Val. U. L. Rev. 341 (2007).

归责性，这涉及到被代理人的意思自治以及相对人的信赖保护和交易安全两种不同的价值。既然两种价值都值得保护，就并非某种价值绝对优先，而是要在两种价值之间进行合理权衡。但是，权衡观点最终可能是多元的，为了追求法的安定性，就应顾及现行法秩序中既有的内在价值决断。此种价值决断在合同法第 49 条中并不清晰，但却可能通过对其他法规范的探寻而获得。

表见代理责任是权利外观责任的一种，采取积极信赖保护方式，同属于此的还有物权法第 106 条、第 107 条所规定的善意取得。两者的基本结构具有实质相似性，大致可以图示如下：



通过上图可以看出：表见代理和善意取得都使得甲承担责任，考虑的都是为何将责任归属于甲的归责问题；^[16] 在甲和丙之间，表见代理是分配无权代理的风险，而善意取得是分配无权处分的风 险，实质上都是乙赔偿不能或破产的风险；两者都具有权利外观；两者都涉及甲和丙之间的利益权衡，进而涉及到价值权衡，须同时考虑甲仅依自己意思而承担责任的 意思自治利益和价值以及丙的信赖利益和交易安全价值。由此，善意取得规范中的价值决断就有理由同样适用于表见代理。

对于善意取得，物权法第 106 条和第 107 条作出了区分。第 107 条的适用存在诸多争议，其仅规定了遗失物，但能否类推适用于盗赃物，以及其效果是受让人根本不能取得所有权，抑或是受让人取得所有权但负有回复义务，物权法立法时对此予以了回避。^[17] 但

[16] 这里所说的“责任”采取广义理解，包括义务、违反义务的责任和丧失权利这种不利益。相应地，所谓的“归责”就是某人承担不利益后果。在所有权善意取得中，责任就意味着丧失权利这种不利益；而在表见代理中，由于可代理的法律行为类型多样，根据甲和丙之间的关系，甲承担责任的最终结果往往是给甲带来不利益，但也有可能综合来看对甲是有利的。但无论如何，甲只要承担代理行为有效所产生的义务，都可以理解为将这种后果“归责”于甲，此时就会涉及到将后果归属于甲的正当性问题。

[17] 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 244 页。1998 年的最高人民法院等《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第 12 条规定，被盗抢的赃车这种占有脱离物适用善意取得。但物权法实施后，2014 年最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第 11 条第 2 款规定：“第三人善意取得涉案财物的，执行程序中不予追缴。作为原所有人的被害人对涉案财物主张权利的，人民法院应当告知其通过诉讼程序处理。”但该款规定最重要的目的是将刑事追缴和赃物的民事权属问题区分开，仅确定涉案财产不予刑事追缴，但并不解决赃物的权属问题，因此无法据此得出盗赃物适用善意取得的结论。

是,目前通说认为,该规范应目的性扩张适用于盗赃物等所有占有脱离物,且受让人不能善意取得。^[18]虽然对该条规范所体现的价值决断结论仍可能存在质疑,但这毕竟是现行法秩序中的价值决断。故根据物权法第106条和第107条,占有委托物能够适用善意取得,占有脱离物则不能,而区分占有委托物和占有脱离物的依据就是甲是否基于自己意思丧失对物的控制。^[19]因此,在善意取得的构成要件中已考虑了甲的因素。

基于表见代理与善意取得的基本结构相似性,为了避免评价矛盾,在表见代理的构成中也顾及相同价值判断,考虑被代理人的可归责性,这种做法至少是值得思考的一个方向。^[20]这也即认为合同法第49条可能存在目的性隐藏漏洞。所谓隐藏漏洞,是规范文义包含了基于规范目的所本不应包含的情形,本应规定例外而未规定。对于目的性漏洞,则应基于规范目的而进行超越规范文义的扩张或限缩,可采用类推、当然推理、目的性扩张和目的性限缩等方式,且目的性漏洞的确认和填补是基于同一考量,往往是同一个过程。无论是类推、目的性扩张抑或目的性限缩,虽然可能存在诸多不同,但其都并非单纯逻辑的操作,而是从作为对象的规范或事实中抽取出法律评价,得出应然大前提,再下降到待讨论的规范或事实予以评价,从而避免评价矛盾的合目的性评价过程,因此不可能是从特殊到特殊的过程,而是从特殊到一般再到特殊的往返流过程。^[21]因此,对于合同法第49条而言,要首先透过物权法第106条、第107条抽取出一般性的法律评价,再据此涵摄表见代理。

(二) 权利外观责任中责任承担者的可归责性

对于一般性评价的探寻,首先要从现行有效的法律规范中抽取出所有个别规范共通的法律理由并予以一般化,同时必须详细审查,其是否确可一般化及可否因特定事件类型的特性而有不同的评价,对此可称为积极审查和消极审查。^[22]

在善意取得制度中,相对人取得权利的理由是保护相对人的合理信赖,维护交易安全。但是,保护相对人信赖可采取两种不同的方式,即积极信赖保护和消极信赖保护。^[23]权利外观责任中的积极信赖保护指的是因存在权利外观而导致相对人合理信赖的情形中,既存的权利外观就必须被承认,并使得一方承担如同外观实际存在时其所应当承担的责任,即

[18] 参见王利明:《物权法研究》上卷,中国人民大学出版社2012年版,第456页,第467页;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年版,第211页;崔建远:《物权:规范与学说》上册,清华大学出版社2011年版,第232页(未对赃物进行区分,一概扩张适用物权法第107条);孙宪忠主编:《中国物权法:原理释义和立法解读》,经济管理出版社2008年版,第299页;申卫星:《物权法原理》,中国人民大学出版社2008年版,第244页。主张受让人取得所有权,只是并非终局取得的,参见刘家安:《物权法论》,中国政法大学出版社2009年版,第120页以下。

[19] 并非所有的赃物都是占有脱离物,诈骗等情形中仍可能是基于被诈骗人自己的意思而丧失对物的控制,因此该等情形中的赃物并非必然是占有脱离物。通常所说的“盗赃物”恰恰是为了体现非基于权利人自己的意思而丧失对物的控制这个标准。同时,占有脱离物不仅仅包括盗赃物和遗失物,盗赃物和遗失物仅仅是列举而已。参见王轶:《动产善意取得制度适用范围例外规定研究》,《郑州大学学报(社会科学版)》2000年第6期,第64页;熊丙万:《论赃物的善意取得及其回复请求权》,《法律科学》2008年第2期,第137页以下。

[20] 注意到善意取得与表见代理的评价一致性的,参见Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2006, Rn. 1541; 前引[4], 王利明书, 第691页。

[21] Vgl. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Springer, 1995, S. 205f., 217f., 220.

[22] 同上书,第205页。

[23] *MüKoBGB/Schubert*, § 167, Rn. 89; 权利外观责任仅仅是积极信赖保护的方式之一,在法律行为领域还存在其他的积极信赖保护方式。参见杨代雄:《法律行为制度中的积极信赖保护——兼谈我国民法典总则制定中的几个问题》,《中外法学》2015年第5期,第1150页以下。

使该行为并非是其基于意思而作出的。而消极信赖保护则仅需对相对人的信赖利益或消极利益予以赔偿。故积极信赖保护对相对人的保护更强，责任承担者所承担的责任也更重。即使要保护相对人的信赖，采用积极信赖保护方式的正当性何在？考虑到意思自治在私法中的重要地位，即使要保护相对人的信赖，是否应采取损害最小的方式而符合比例原则呢？

如果两种保护方式能同等程度地实现对相对人的保护，自然应当采取损害更小的消极信赖保护方式。但是，两种保护方式对相对人合理信赖和交易安全的保护程度并不相同。同时，为了避免对意思自治的损害过大，积极信赖保护方式应更难以构成，要件更多。因此，除了相对人合理信赖这个共同要件之外，较之采取消极信赖保护方式的缔约过失责任等规则，采取积极信赖保护方式的表见代理和善意取得的构成要件要更多，例如存在权利外观、法律行为并非无效或被撤销等特殊要件。物权法第106条、第107条还采取了更进一步的权衡方式，即通过区分占有委托物和占有脱离物而将责任承担者的可归责性作为要件，使得构成更为困难。

可能相反的评价在于，较之动产善意取得，不动产善意取得并不考虑真实权利人是否知道登记簿的错误以及能否避免或消除该错误，因此难以将责任承担者的可归责性作为权利外观责任的一般性要件。但是，以不动产登记簿的公信力为基础的不动产善意取得，较之动产善意取得，其目的是为了实现对交易安全和信赖的最强保护，故不将真实权利人的可归责性作为要件，以使得其构成相对容易而实现制度目的。^[24]因此，不动产登记簿的公信力不能被简单地演绎为权利外观责任的一般评价。

总之，在现行法秩序中，较之消极信赖保护方式，采取积极信赖保护方式的权利外观责任对相对人的保护更强，相应地对私法自治的冲击也就更大，因此构成更为困难，除了相对人的合理信赖之外，至少还要考虑责任承担者的可归责性，这可以作为权利外观责任的一般性评价。^[25]

（三）表见代理中被代理人的可归责性

采取积极信赖保护方式的权利外观责任构成应考虑责任承担者的可归责性（大前提），而表见代理责任是权利外观责任的一种（小前提），结论就是表见代理构成也应考虑被代理人的可归责性。这构成了积极方面的部分审查，但同时还可结合法律解释的其他方法进行其他积极审查以加强论证。此外还有消极方面的审查，即是否存在其他足以反对此结论的特性以及法秩序中是否存在相反的其他规范。

此时要进一步论证的结论已经超越了规范文义，因此不适宜采用文义解释方法，但仍可采用体系、历史解释方法。从体系角度观察，合同法第48条第2款第3句规定了无权代理中善意相对人的撤销权，结合第49条，这可能有三种解释方案：第一，如果无权代理中相对人为善意，就一定会构成表见代理，但此时相对人仍可主张撤销权；第二，即使无权代理中相对人为善意，也不一定会构成表见代理，但无论是否构成表见代理，相对人都可主张撤销权；第三，即使无权代理中相对人为善意，也不一定会构成表见代理，但只有在

[24] 同样的观点，参见程啸：《论不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分》，《中外法学》2010年第4期，第526页以下。

[25] 卡纳里斯认为，权利外观责任的一般要件是权利外观存在、相对人善意且知道外观并基于信赖而行动以及责任承担者的可归责性。Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C. H. Beck, 1971, S. 527.

不构成表见代理的情形中,相对人才可主张撤销权。第二种和第三种解释方案的共同点在于,即使无权代理中相对人为善意,也不见得必然会构成表见代理,原因可能有两个:第一,合同法第48条第2款第3句中相对人的“善意”不等于第49条中的相对人“有理由相信”,前者是相对人不知且不应知行为人无代理权,后者要求相对人有理由相信行为人有代理权,两相比较,后者要求更高;^[26]第二,第49条除了相对人有理由相信之外,还要求被代理人的可归责性。据此,如果认为结合这两个规范,能够必然得出表见代理应以被代理人的可归责性为构成要件,这种观点至少是有疑问的,仍有其他解释结论的可能性,即表见代理的相对人仍享有撤销权或者对相对人善意的要求并不相同,^[27]但至少,表见代理构成中应考量被代理人的可归责性这一观点是可以考虑的。

同时,合同法第49条规定了没有代理权、超越代理权或者代理权终止后三种情形。这三种情形并列,意味着“没有代理权”不能涵盖后两种情形,而仅能意味着自始没有代理权,但何为自始没有代理权?根据梳理,在合同法制定前,表见代理和狭义无权代理中的自始没有代理权并不相同,前者通常被理解为仅包括授权表见型的自始没有代理权,且最高人民法院1987年通过的《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用〈经济合同法〉的若干问题的解答》中也存在类似观点。因此,合同法第49条确定的表见代理类型包括授权表见型、权限逾越型、权限延续型三种,而在这三种类型中,被代理人的可归责性都是清晰可见的。^[28]

虽然单独的体系或历史解释都无法得出确切结论,但两者相互结合能够加强上述一般性法律评价因素的涵摄结论,起到相互确证的作用。如果考虑到前文所述的实践中的多数做法和学者的多数观点,这一观点的论证强度在事实层面会得到进一步加强。即便如此,仍要进行消极方面的审查。由于法秩序中似乎并不存在相反的其他规范,所以可能的反对观点就是表见代理存在不同于善意取得的特性。最有可能的反对观点是,善意取得考虑到了权利人的可归责性,但是根据物权法第107条,在权利人不具有可归责性因此不存在积极信赖保护责任的情形中,仍存在其他措施,即权利人回复请求权的时间限制以及受让人特定情形下的返还支付费用请求权,以实现相对人的信赖保护;而在合同法第49条中并不存在这些信赖保护措施。因此,如果在表见代理中考虑了被代理人的可归责性,则无法实现对相对人的信赖予以保护。但是,第一,合同法第49条不存在物权法第107条所规定的这些措施,仅仅意味着表见代理和善意取得中的责任承担者的可归责性在具体情形中的判断可能并不完全相同,但不能据此得出表见代理构成无需考虑被代理人的可归责性这个

[26] 有学者认为,合同法第48条第2款第3句要求相对人并非明知行为人无代理权,如果相对人不知,即使其存在重大过失,其仍然享有撤销权,理由是德国和日本都如此规定。见前引〔5〕,叶金强文,第44页。但首先,该句采取了“善意相对人”的表述,并不能看出只有明知行为人无代理权的相对人才不享有撤销权;其次,即使德国民法典第178条、我国台湾民法第171条等都是如此规定,但如此规定的理由并不充分,荷兰民法典第3编第69条第3款即规定“知道或应当知道”行为人无代理权的相对人都不享有撤销权。

[27] 如果构成表见代理,相对人是否享有撤销权而向无权代理人主张责任,对此仍存在争论,肯定观点参见王利明:《合同法研究》第1卷,中国人民大学出版社2011年版,第587页;否定观点参见前引〔4〕,朱庆育书,第361页以下。德国法的判例和通说观点认为相对人不享有选择权(Staudinger/Schilken, § 177, Rn. 26),最重要的理由是,有权代理中,相对人不能主张撤销权或者选择向代理人请求赔偿责任,而表见代理对相对人的保护最多达到有权代理中对相对人的保护程度,如果允许相对人选择,则相对人的地位会优于有权代理中相对人的地位,从而导致评价矛盾。

[28] 参见前引〔5〕,叶金强文,第42页。

结论。换言之，如果某种可归责性不能构成善意取得，对相对人信赖的保护通过物权法第107条的上述保护措施予以实现，但此种可归责性在表见代理中却可能已经足够，因此相对人的信赖保护通过构成表见代理而得到实现。第二，在被代理人不具有可归责性因此不构成表见代理的情形中，如下文所述，仍可通过被代理人可能承担的消极信赖保护责任实现对相对人信赖的保护。因此，即使表见代理构成中考虑被代理人的可归责性，仍存在对相对人信赖予以保护的其他手段。^[29]

三、被代理人可归责性的判断原则和具体化

（一）被代理人可归责性的判断原则

1. 风险归责原则

按照卡纳里斯的观点，责任根据（Haftungsgrund）和归责原则（Zurechnung）应予区分，前者说明利益取得者为何以及在哪些条件下被法秩序所保护，而后者说明责任承担者为何以及在哪些条件下被法秩序课予责任。在采取积极信赖保护方式的权利外观责任中，相对人存在合理信赖构成了责任根据，但仍需考虑责任承担者的可归责性，自然会涉及到对此的判断原则，也即归责原则。归责原则可能有诱因归责、过错归责和风险归责三种方式。卡纳里斯认为，诱因归责是纯粹结果责任的残留和另一种说法，实际上是放弃了归责要求，因此不能被接受。^[30]因此，能够被考虑的仅有过错归责和风险归责。

基于善意取得和表见代理基本结构的相似性，善意取得中的归责原则对于表见代理中的归责原则当然是有意义的。占有脱离物和占有委托物的区分并非以过错作为标准，而是以权利人是否基于自己意思丧失对物的控制作为标准，即使权利人具有重大过失将物遗失，仍然不适用善意取得。由此，对善意取得而言，合适的归责原则就是风险原则，也即任何人基于自己的意思将对物的控制交予别人，都要冒着该物被完全控制此物的人无权处分的风 险，并且较之相对人，权利人也更容易控制该风险；而如果权利人并非基于自己的意思而丧失其对物的控制（如在遗失、被盗的情形），他就不承担该物被无权处分的风 险。^[31]许多学者主张占有委托物和占有脱离物的区分体现了诱因归责，但实际上这是隐含的风险归责。^[32]表见代理和善意取得同属权利外观责任，为了避免评价矛盾，一个可考虑的方向就是对被

[29] 善意取得和表见代理对相对人善意的要求不同，对于这里所作的涵摄并无消极影响。善意要求的不同，仅仅是因为较之善意取得，在表见代理中，相对人至少知道被代理人的存在，获知行为人是无权代理的信息成本要低一些，因此表见代理中对相对人善意的要求更高一些。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第15条规定善意取得中相对人的善意是不知无处分权且无重大过失，而表见代理中的善意则要求不知无代理权且无过失，对此参见《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第13条、第14条。同时，较之表见代理，善意取得还具有其他更为严格的要件，例如合理价格和采取公示。合理价格可以是相对人善意要件中所应予考虑的因素之一，而公示要件则与善意取得的后果联系在一起。以所有权善意取得为例，在有权处分的情形中，未采取公示则相对人无法取得所有权，举重以明轻，在无权处分情形中，未采取公示则相对人更无法取得所有权，也即善意取得仅仅弥补处分人处分权欠缺的缺陷，而不弥补其他缺陷。换言之，善意取得这些更为严格的要件，或者仅对于认定相对人善意有影响，或者是其法律后果所决定的，都不会对此处所作的涵摄具有消极影响。

[30] 前引〔25〕，Canaris书，第470页，第474页以下。

[31] 参见纪海龙：《解构动产公示、公信原则》，《中外法学》2014年第3期，第711页。

[32] 前引〔25〕，Canaris书，第480页；Staudinger/Wiegand, Vorbemerkungen zu § 932 - 936, Rn. 23。

代理人也同样采取风险归责原则。

在权利外观责任中,风险归责重点考察权利外观所导致的风险是否更应由责任承担者承受。较之过错归责,虽然两者的结果很多情形下会出现重合,但由于关注点有所不同,仍会出现具体判断上的差异。一般而言,风险归责原则比过错归责原则更为严格,其判断标准并非参加者的平均水平或通常的注意义务,而是理想参加者的最佳行为要求。究竟以何种归责原则作为主导,要取决于制度的目的。较之大多采取消极信赖保护方式的有效力瑕疵的法律行为而言,采取积极信赖保护方式的权利外观责任更强调对相对人的信赖和交易安全的保护。因为就前者而论,产生信赖的是直接与责任承担者打交道的特定相对人,其具有更多机会了解真实状况;而在后者中,产生信赖的往往是不直接与责任承担者接触的第三人,甚至是不特定的第三人,其对责任承担者和行为人之间的内部关系难以进行充分调查,假如不强化保护其信赖,将导致市场交易无法正常开展。^[33]前者往往采取过错归责,但在权利外观责任中,如果采取过错归责,则不利于实现对信赖和交易安全的更强保护,无法充分实现制度目的。并且,在责任承担者和相对人均无过错的情形中,必然要考虑风险现实化后谁更应承担此风险或者风险现实化前谁更可能控制此风险。权利外观责任中交易安全保护的更强需求,并不足以完全排除责任承担者的可归责性,而仅仅是使得判断原则产生变化。因此,在权利外观责任中,风险归责占据主导性地位。^[34]

反对此种一般性法律评价的可能理由在于,较之消极信赖保护方式,采取积极信赖保护方式的权利外观责任对责任承担者而言更为不利,此时的可归责性要求也应该更高,而如果采取风险归责,可能较之过错归责,其可归责性要求反而较低。但是,首先,无法抽象地认为何种可归责性要求更高或更低,有可能出现责任承担者无过错但结果却属于责任承担者风险领域的情形。但如果将责任承担者的过错由特定交易行为过分放大到整个交易过程,也会出现不属于责任承担者风险领域但责任承担者却有过错的情形,这取决于对过错归责和风险归责的更精准界定。其次,如果权利外观责任实际构成,责任承担者所承担的责任确实可能更重,但如上文所述,权利外观责任的构成不仅包括责任承担者的可归责性,较之消极信赖保护方式,还需要更多的构成要件,故构成更为困难。

2. 风险归责原则的综合权衡性

权利外观责任的实质是考虑权利外观产生的风险究竟如何分配的问题,而风险归责原则的考察重点恰恰是在相对人和责任承担者之间进行比较,划定责任承担者的风险领域,判断权利外观的风险是否属于责任承担者的风险领域,故具有很强的理论逻辑一贯性和解释力。在该意义上,所谓过错、诱因等都可能被置于风险归责的视域中被观察,而在具体论证中被考量进去。之所以强调风险归责,意图仅仅在于放弃任何一种单一化而可能绝对化的思考方式,划定多种可能的考量因素,指出一种思考的方向,以实现更为多元化和动态的综合权衡。^[35]

[33] 参见前引〔23〕,杨代雄文,第1162页。

[34] 参见前引〔25〕,Canaris书,第477页,第480页,第527页。

[35] 在表见代理中,综合权衡也被认为是一种比较法上的趋势。See Busch and Macgregor, *Comparative Law Evaluation, Comparative Conclusions*, in Busch and Macgregor (eds.), *The Unauthorised Agent, Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge, 2009, pp. 399, 440. 风险归责在侵权责任中也会体现出来,甚至意思表示生效、解释和内部构成和意思表示瑕疵也能够通过风险归责予以另一种解释。参见纪海龙:《走下神坛的“意思”——论意思表示与风险归责》,《中外法学》2016年第3期。

因此，风险归责原则与具体情形中的结论之间仍存在较为遥远的逻辑距离，由于权利外观责任存在不同形式，不同权利外观责任的可归责性要求可能并不相同。风险归责原则具有一种取决于具体状况的动态权衡的特征，可能会损害法的安定性，故更为重要的是将风险归责在各个案例类型中恰当地具体化到规则层面，保障安定性。在这个过程中，风险归责要厘清责任承担者和相对人的风险领域，因此重点考虑的是风险现实化前谁更可能控制此风险以及在风险现实化后谁更应承担风险，包括谁开启了风险、谁提升了风险、谁更有能力控制风险的发生和提升、谁更有能力转嫁风险、谁根据此风险而获益等，这就涉及到对责任承担者和相对人的控制权利外观风险的成本（包括信息的获知成本、防免成本）、救济成本和获益等因素的具体比较，而这只有在具体案例类型中才有可能实现。

（二）被代理人可归责性的具体化

1. 被代理人向相对人发出授权表示、通知或公告

该情形包括：第一，被代理人向相对人作出外部授权。第二，行为人依据内部授权或法律规定等取得代理权之后，^[36]被代理人以特别通知或者公告方式告知相对人。即使事实上无授权、虽授权但授权表示或通知公告载明的授权范围大于实际授权范围，或者代理权已消灭，但授权表示、通知或公告具有极强的代理权外观表征强度，且被代理人具有积极的授权表示或通知、公告行为，故被代理人的可归责性很容易构成。

德国民法典的起草者依据过错归责原则予以解释，认为此时被代理人的可归责性在于违反了代理权自始欠缺或消灭情形下的通知义务。但是，首先，通知义务并非真正的行为义务，违反后相对人不得以此为由请求损害赔偿，而是不真正义务，未能消除权利外观只是不真正义务的违反，而非行为义务违反时的过错。其次，商事交易中，在之前存在的行为人代理权通过商事登记簿予以公告的前提下，对之后的代理权情况变化应公告而未公告的，仍会构成表见代理，而根本不考虑被代理人对未公告是否具有过错，这并非依据过错归责而是依据风险归责原则予以解释。^[37]因此，风险归责原则具有更强的解释力。

首先，在相对人善意的前提下，如果认为被代理人不具有可归责性而不适用表见代理，会极大地增加相对人的信息成本。反之，则会增加被代理人防止行为人无权代理的防免成本，但增加的此种防免成本较低。在被代理人向相对人作出授权表示、通知或公告情形中，被代理人仅需及时地以合理方式向相对人发出撤回表示、通知或公告即可。两相权衡，认为被代理人具有可归责性而适用表见代理，有助于降低相对人的信息成本，但却不会过多增加被代理人的防免成本。

其次，表见代理所涉及的实质上是无权代理行为所产生的风险，该风险具体而言就是究竟是由被代理人还是相对人承担行为人履行不能或破产的风险。较之相对人，被代理人和行为人往往存在委托合同等基础关系。因此，一方面，行为人的履行不能或破产是被代理人在基础关系中所面临的一般性交易风险，即使不适用表见代理，被代理人仍要力图避免，其

[36] 意定代理权的来源可能是多元化的，代理权授予行为仅仅是来源之一。参见尹飞：《体系化视角下的意定代理权来源》，《法学研究》2016年第6期，第49页以下。

[37] 例如，德国商法典第15条所规定的商业登记簿的公信力，就可根据风险原则而非过错原则予以解释。参见[德]卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第90页；王浩：《表见代理中的本人可归责性问题研究》，《华东政法大学学报》2014年第3期，第111页以下。

防范成本并不会因此而降低。另一方面,被代理人可通过基础关系中的事先约定这种成本较低的方式实现风险防范,同时也可以事先约定风险现实化之后行为人履行不能或破产时的其他保障措施(例如保险、要求行为人提供担保等)。在风险现实化后,被代理人和行为人或者仍然存在基础关系,或者虽然两者的基础关系消灭,但由于之前基础关系的存在,较之相对人,被代理人仍更有机会追索到行为人并与行为人事后达成协议,故救济成本更低。

同时还要考虑到,如果行为人之前具有一定的代理权,其为被代理人带来了一定的利益,让被代理人承担无权代理的风险,也具有相当理由。总之,被代理人向相对人发出了授权表示、通知或公告情形中,无权代理的风险应属于被代理人的风险领域,被代理人具有可归责性。

2. 被代理人未向相对人发出授权表示、通知或公告但被代理人明知无权代理行为而不予以阻止

这种情形就是所谓的容忍代理,即被代理人明知行为人之前的多次无权代理行为或者目前所涉的特定无权代理行为,但却不予以阻止。此时被代理人具有典型的可归责性,其理由与情形一中的理由类似,即较之相对人,被代理人所增加的防范成本较低,且风险现实化之后的救济成本也较低。

其中所涉及到的问题是,民法通则第66条规定的“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意”,应如何理解。对该句的理解有四种观点:第一,将之视为容忍代理,是表见代理的一种情形。^[38]第二,认为是一种默示追认,并据此认为已被合同法第48条第2款所取代。^[39]第三,认为是一种默示授权,并进一步认为是默示内部授权。^[40]第四,代理行为完成前被代理人不作否认表示是表见代理的一种类型,但代理行为完成后被代理人不作否认表示的,则视为默示追认,此时与合同法第48条第2款相矛盾。^[41]

就第二种观点而言,实际上是将单纯沉默拟制为追认,这首先与合同法第48条第2款第2句存在矛盾,且按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第12条的规定,只有在被代理人存在积极履行行为时才被视为追认,而非将单纯的沉默视为追认。容忍代理本身究竟是默示授权还是表见代理的一种,存在很大争议,争议实质上在于试图以意思表示还是法定的权利外观责任为基础解决问题。^[42]从体系上而言,默示外部授权要求存在足以被认为授权的行为,而容忍代理中仅存在单纯的沉默。默示内部授权的重点在于行为人对被代理人可推断的授权意思表示产生信赖,因此,如果行

[38] 参见前引[3],龙卫球书,第589页;前引[4],李永军书,第706页。采此种观点的案例有“中国银行股份有限公司太原并州支行与太原市大复盛房地产开发有限公司借款担保合同纠纷再审案”(最高人民法院[2011]民提字第316号民事判决书)。

[39] 参见前引[2],梁慧星书,第241页;前引[4],王利明书,第691页。采此种观点的案例有“甘肃稀土公司为购销稀土合同纠纷申请再审案”,《最高人民法院公报》1992年第2期。

[40] 参见前引[4],朱庆育书,第356页;杨代雄:《容忍代理抑或默示授权——〈民法通则〉第66条第1款第3句解析》,《政治与法律》2012年第4期,第126页。

[41] 参见张家勇:《两种类型,一种构造?——〈民法通则〉第66条第1款第3句的解释》,《中外法学》2012年第2期,第279页。

[42] 在德国,有观点认为容忍代理为默示授权,故容忍代理并非权利外观责任。参见[德]弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第988页。但通说认为容忍代理是广义表见代理的一种。Vgl. Staudinger/Schilken, § 167, Rn. 29 a.

为人明知被代理人无授权意思则无法产生默示内部授权，而容忍代理的重点在于相对人对代理权的存在产生信赖，行为人是否明知被代理人无授权意思无关紧要。^[43]无论是默示内部授权还是默示外部授权，由于被代理人和行为人之间存在授权关系，被代理人似乎并不能向行为人追偿，但在容忍代理中，被代理人能够向行为人追偿。因此，容忍代理既非默示内部授权也非默示外部授权，而是表见代理的一种类型。

综上，在代理行为完成前，被代理人知道而不作反对表示，被代理人具有可归责性，且在相对人善意的前提下，应认为是容忍代理，属于表见代理的一种。在代理行为完成后且未构成表见代理的前提下，被代理人的单纯沉默并不能被视为追认。

3. 被代理人未向相对人发出授权表示、通知或公告且被代理人不知无权代理行为

最为困难的问题在于，如果被代理人对无权代理行为不知情而无从反对，如何判断被代理人的可归责性。此时仍然可以善意取得和表见代理的基本结构相似性作为出发点。动产善意取得中，无权处分人对物的占有可能构成处分权外观，权利人的可归责性以无权处分人是否基于权利人的意思而占有物作为标准。在表见代理中，同样可以考虑此种归责标准。

如果行为人对授权书、公章、空白合同书、房产证、身份证等代理权外观证明是基于被代理人的意思——例如委托、保管、出借等意思，或者行为人和被代理人之间存在行为人有权占有上述代理权外观证明的职务关系——而占有的，依据风险归责原则，此时行为人无权代理的风险应属于被代理人的风险领域。首先，在行为人基于被代理人意思而占有代理权外观证明的前提下，被代理人和行为人之间存在基础关系，此时防止行为人无权代理仅是基础关系中所需要预防的风险之一，行为人还可能从事其他更严重的机会主义行为。因此，即使不适用表见代理，被代理人的防范成本也并不会实质降低太多，但相对人的信息成本却会大大增加，两相权衡，被代理人具有可归责性从而适用表见代理更具有合理性。其次，如前文所述，表见代理所涉及的无权代理风险实质上是由被代理人还是相对人承担行为人履行不能或破产的风险，如果被代理人和行为人之间存在基础关系，行为人履行不能或破产即为被代理人面临的一般交易风险，即使不适用表见代理，被代理人也要力图避免，同时，被代理人可以通过基础关系中的事先约定这种成本较低的方式实现该风险的避免。在风险现实化之后，被代理人较之相对人，仍更有机会追索到行为人并与行为人事后达成协议，故救济成本更低。因此，被代理人具有可归责性。^[44]基于同样理由，如果行为人之前基于被代理人意思多次作为代理人出现，但对目前所涉的特定代理行为无代理权，

[43] 前引〔40〕，杨代雄文，第125页。

[44] 德国法中，德国民法典第172条所规定的被代理人交给行为人代理证书情形的适用，必须以被代理人为使用的目的而交给行为人为要件，在行为人并非依据被代理人的为使用意思而占有代理证书的情形中，不适用第172条使得被代理人承担积极信赖保护责任，被代理人仅承担消极信赖保护责任（参见〔德〕拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第890页）。但本文主张，只要行为人依据被代理人意思而占有代理证书，即使被代理人的意思是保管等意思而非授权或使用意思，被代理人仍具有可归责性，因此仍要承担积极信赖保护责任，其他代理权外观证明和授权书在利益状态上与之并无不同。在“武汉市商业银行民主路支行与中国经济开发信托投资公司武汉证券业务部等确认担保效力纠纷上诉案”（最高人民法院〔1999〕民终字第52号民事判决书）中，法院认为，依据职务关系而管理公章的人员私盖公章，不属于盗盖公章，如果相对人为善意，则会构成表见代理，此时被代理人具有可归责性；在“余姚镇东郊村股份经济合作社与朱友尧借款纠纷再审案”（《审判监督指导·案例评析》2004年第2期）中，法院认为，被代理人将自己的房屋产权证、身份证、私章出借给行为人，相对人为善意，此时仍构成表见代理，被代理人具有可归责性。

且被代理人不知道的,该情形与行为人基于被代理人意思而占有代理权外观证明情形相类似,被代理人具有可归责性。^[45]

更为困难的是行为人并非是基于被代理人的意思而占有代理权外观证明的情形,例如代理权外观证明被伪造、盗窃或遗失,此时的关键仍然是无权代理行为是否属于被代理人的风险领域。一般而言,回答是否定的。首先,即使被代理人对于代理权外观证明的遗失、被盗窃或伪造具有过错,但对于特定的无权代理行为,由于被代理人可能无从得知盗窃、拾得或伪造的具体主体,因此无法控制该特定无权代理行为。因此,被代理人的防免成本并不见得比相对人的信息成本更低。如果适用表见代理,虽降低了相对人的信息成本,却大大增加了被代理人的防免成本,例如采取过分不效率的方式防止被盗、伪造或遗失。同时,被代理人也无法通过基础关系事先约定无权代理行为发生时的救济措施,同样不会比相对人更容易与行为人达成事后约定和追索到行为人。基于同样理由,如果行为人之前并非基于被代理人意思而多次作为代理人出现,同时对目前所涉的特定代理行为无代理权,且被代理人不知道的,该情形与行为人非基于被代理人意思而占有代理权外观证明情形相类似,被代理人不具有可归责性。

在商事交易中,如果行为人和被代理人存在特定的职务关系,且行为人的职责在于管理代理权外观证明,则行为人是基于被代理人意思而占有代理权外观证明,发生无权代理时被代理人具有可归责性。但如果行为人的职责并非在于管理代理权外观证明,此时行为人乃非基于被代理人意思而占有代理权外观证明,但在行为人与被代理人存在职务关系时,应认为被代理人具有组织缺陷(Organisationsmangel)。在一般的民事代理中,行为人并未被纳入被代理人的经营组织中,被代理人对行为人的无权代理行为无法透过组织管理控制,相对人对代理权之有无,也无法仅从组织管理之角度确认,且商事交易更注重保护交易安全和效率,故民事代理无法与商事代理相提并论。^[46]在商事交易中,被代理人可通过加强组织管理而防免无权代理行为的风险,且组织管理并非仅仅针对无权代理行为,还需要防止行为人的其他机会主义行为,因此被代理人的防免成本不会因此过分增加,并且被代理人的救济成本会更低,被代理人也因行为人职务关系的存在而扩大了活动范围从而具有收益。此时,被代理人应对此等组织风险(Organisationsrisiko)具有可归责性,这最为明显地体现了过错归责和风险归责的区别。按照后者,重要的不是行为人的无权代理行为是否可被正常的经营组织所知悉并阻止,而在于是否可被理想的经营组织所知悉并阻止。^[47]基于同样理由,如果行为人与被代理人存在职务关系,但行为人不具有作出特定代理行为之职责却多次作为代理人而作出代理行为,在商事交易中,即使被代理人不知,其仍然具有可归责性。

换言之,在商事交易中,特定职务关系的存在本身即可表明被代理人的可归责性。同

[45] “王忠东诉张健全买卖合同纠纷案”(福建省厦门市中级人民法院[2009]厦民终字第2005号民事判决书,《人民法院案例选》2010年第1辑)中,法院认为,买方基于长期交易往来形成的合理信赖,依据交易习惯将剩余货款支付给卖方此前长期授权负责收款的人员,该付款行为有效,构成表见代理。

[46] 参见陈自强:《代理权与经理权之间》,北京大学出版社2008年版,第193页。

[47] Staudinger/Schilken, § 167, Rn. 29 a f.; 前引[37], 卡纳里斯书,第404页。无权代理人和被代理人之间存在职务关系,足以认定被代理人的可归责性,但是无权代理人一般是否具有作出特定代理行为的权限,对相对人善意的判断仍具有重要影响。

样还有一些交易也特别注重交易安全和效率,最为典型的就是电子远程交易,应作出与商事交易类似的处理。在电子交易中,行为人使用他人的账户和密码登录并作出行为,有可能构成冒名行为,也有可能构成无权代理行为,具有类推或者直接适用无权代理和表见代理的可能性,因此仍需考虑账户持有人的可归责性。如果明知之前存在盗用行为或者明知目前所涉的盗用行为,账户持有人本可以通过修改密码等成本较低的方式予以避免但其未如此作为,则构成容忍代理,账户持有人具有可归责性。在账户持有人不知情的情形中,如果账户持有人基于自己的意思将账户和密码交给他人,按照前述观点,则其应当具有可归责性。^[48]但是,即使账户持有人并未基于自己的意思而将账户和密码交给行为人,由于电子交易中特别注重交易安全和效率,因此类似于商事交易,账户持有人的可归责性仍可能会构成。如果账户持有人在公共电脑中保存密码,或者将已进行账户登录的电脑放在公共空间内,或者在私人电脑中保存密码但未消除而将私人电脑交由他人修理或丢失,则该风险也应当属于账户持有人的风险领域。但如果行为人作为黑客避开电子交易保护机制盗用账户和密码,由于不可期待无权代理行为的发生,账户持有人也无义务进行最佳的电子交易保护机制,账户持有人不具有可归责性。^[49]与上述不同的是被代理人和行为人之间存在婚姻家庭关系。^[50]在行为人非基于被代理人意思而占有代理权外观证明的情形中,仅因此等关系的存在就认定被代理人具有可归责性,无疑会增加被代理人的防范成本,甚至破坏婚姻家庭关系,违反我国宪法第49条第1款的保护婚姻家庭条款,似乎构成了对婚姻家庭关系的惩罚。

4. 授权表示、通知或基础关系的被撤销、无效

第一种可能情形是,被代理人已经向相对人发出了授权表示或通知。在授权行为或通知因错误等被撤销或者无效的情形中,^[51]代理权自始消灭,此时行为人的代理行为构成无权代理,如果被代理人没有及时地向相对人发出撤销代理权的表示、通知或公告,则被代理人当然具有可归责性。如果不承认授权行为的无因性,则基础关系被撤销、无效会导致授权行为溯及自始失去效力,行为人亦构成无权代理,如果被代理人没有及时地向相对人发出撤销代理权的表示、通知或公告,则被代理人同样具有可归责性。

第二种可能情形是,被代理人未向相对人发出授权表示、通知或公告,此时仅可能存

[48] 有观点认为,如果账户持有人为处理特定事务将账户和密码交给家庭成员等具有信赖关系的人,但之后行为人进行其他代理行为,则账户持有人不具有可归责性,但如果是交给无信赖关系的行为人,则具有可归责性。Vgl. MüKoBGB/Schubert, § 167, Rn. 128. 但是,只有在行为人非基于被代理人意思而占有代理权外观证明的情形中,才需要进行此等考虑,而在行为人基于被代理人意思而占有的情形中,无需进行此等考虑。

[49] 同样的观点,参见 MüKoBGB/Schubert, § 167, Rn. 127。

[50] 德国通说认为,婚姻关系本身并不能表明被代理人的可归责性。Vgl. Staudinger/Schilken, § 167, Rn. 36.

[51] 在德国,在代理行为作出之前,被代理人当然可以撤回代理权,但在代理行为作出之后,被代理人是否可以撤销授权行为,存在较大争议。有的认为授权行为也是法律行为,当然可以撤销,同时认为如果授权行为不可撤销,会出现评价矛盾,即纯粹代理权外观的信赖者比行为人享有任意代理权情形中的相对人获得更优的待遇;但反对者认为,如果授权行为可撤销,则构成无权代理,此时相对人虽然可以向代理人要求赔偿,但在代理人无履行能力的情形下,对善意相对人不利,而且,在因为被代理人原因撤销授权行为时,行为人即使无过错也要依据德国民法典第179条第2款向第三人承担责任,这对行为人而言不公平。还有的采取折衷观点,或者认为原则上可以撤销,但在授权公告情形中为不特定第三人利益不可撤销,或者区分意思表示瑕疵的类型而分别处理。本文认为,为防止评价矛盾,授权行为或作为准法律行为的授权通知都是可以撤销的,而对善意相对人的保护则可通过表见代理实现,至于行为人的责任,则取决于无权代理人在无过错情形下是否如同德国法那样也要负信赖赔偿责任。

在基础关系的被撤销或无效,无论基础关系是委托合同抑或保管、出借合同还是劳动合同等,此时行为人是否是基于被代理人意思而占有代理权外观证明呢?同样的问题也会发生在善意取得中。权利人和无权处分人之间的基础关系无效,或者因欺诈、重大误解等而被撤销,此时物仍为占有委托物,能够被善意取得,即权利人仍具有可归责性;^[52]较具争议的是基础关系因胁迫而被撤销的情形。如果将上述规则类推适用于表见代理,至少有理由认为行为人基于基础关系而占有代理权外观证明,在基础关系无效或之后被撤销的大多数情形中,被代理人仍然具有可归责性,本文则进一步认为甚至在胁迫情形中也同样如此。原因在于,被代理人和行为人之间的基础交易关系无效或被撤销的风险是被代理人所面临的一般性交易风险,即使不适用表见代理,被代理人仍要避免此种一般性交易风险,因此,适用表见代理也不会增加被代理人的防免成本,但却能够降低相对人的信息成本。并且,由于被代理人和行为人至少曾经存在基础关系,如上文所述,被代理人较之相对人往往救济成本更低。

(三) 三层责任机制

在相对人为善意的前提下,要在相对人利益与被代理人利益、被代理人的可归责性与相对人的信赖合理性之间进行比较权衡,此时可能会产生三层责任机制:第一,对相对人进行积极信赖保护,被代理人要承担代理行为有效的后果。第二,对相对人进行消极信赖保护,虽然代理行为不能对被代理人发生效力,但被代理人要承担消极利益的赔偿责任。第三,被代理人不承担任何责任。

因此,即使被代理人不具有积极信赖保护所需要的可归责性,不构成表见代理,仅仅意味着被代理人无需承担代理行为有效的后果,但其仍存在承担消极利益赔偿责任的可能性。此时,法律效果上也具有反映比较权衡的弹性空间,当完全不保护相对人的信赖不妥,而判定构成表见代理又保护过度时,可否定表见代理的构成,同时以缔约过失责任或侵权责任为依据使被代理人承担消极利益的赔偿责任。此时,“信赖利益保护与期待利益保护之间,并非跳跃式的下降,而是平缓地衔接在一起的”。^[53]

具体而言,如果行为人非依被代理人意思而占有代理权外观证明或类似情形中,只要不属于被代理人所应承担的组织风险,则被代理人不具有可归责性,不构成表见代理,因此不承担积极信赖保护责任。但是,如果被代理人对代理权外观证明的遗失、被盗或被伪造等具有过错或具有其他过错,且相对人的信赖具有合理性,则被代理人应对相对人承担消极信赖利益的赔偿责任,由此实现对相对人合理信赖的保护,规范依据应为合同法第42条或侵权责任法第6条第1款;反之,即使相对人具有合理信赖,被代理人也不承担任何责任,相对人只能请求行为人承担无权代理的责任。

《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第4—6条似乎就是以此三层责任机制为基础。具体而言,第4条、第6条第1款第1句和第6条

[52] Staudinger/Wiegand, § 935, Rn. 11, 12; MüKoBGB/Oechsler, § 935, Rn. 7; 前引〔18〕, 王利明书, 第456页。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2011〕7号)第10条第2款规定诈骗赃物仍可善意取得。同时,最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》确立了非法集资赃物仍适用善意取得。

[53] 前引〔5〕, 叶金强文, 第42页。究竟是采用缔约过失责任还是侵权责任,取决于缔约过失责任的主体是否要限缩于参与谈判者。

第2款中，行为人都是基于被代理人（单位）的意思而占有了代理权外观证明，故被代理人具有可归责性，所承担的赔偿责任是一种积极信赖保护责任。第5条第1款和第6条第1款第2句强调的是行为人非基于被代理人的意思而占有代理权外观证明，因此，被代理人“不承担民事责任”指的应是被代理人不承担积极信赖保护责任。但是，在第5条第2款中，虽然行为人非基于被代理人的意思而占有代理权外观证明，但被代理人具有明显过错，此时被代理人所应当承担的赔偿责任指的是消极信赖保护责任，即应赔偿信赖利益。^[54]

结 论

本文结论可以概括如下：

1. 以善意取得所蕴含的价值判断为思考出发点，可认为，在现行法秩序中，采取积极信赖保护方式的权利外观责任构成应考虑责任承担者的可归责性。经由积极审查和消极审查，并结合体系解释和文义解释的相互确证，表见代理构成中也应相应考虑被代理人的可归责性。

2. 同样以善意取得为思考出发点，表见代理构成中被代理人的可归责性更有理由采取风险归责原则予以解释和构建。风险归责能够在私法的更多领域发挥重要作用。

3. 风险归责原则具有动态综合权衡的特征，基于法安定性的考虑，该原则应在具体案例类型中予以具体化。具体而言：（1）在被代理人向相对人发出了授权表示、通知或公告情形中，被代理人具有可归责性，即使授权行为、通知、公告或基础关系无效或事后被撤销。（2）在被代理人未向相对人发出授权表示、通知或公告且被代理人明知无权代理而不予以阻止的情形中，被代理人具有可归责性。（3）如果被代理人未向相对人发出授权表示、通知或公告且被代理人不知行为人无权代理，要区分行为人是否是基于被代理人意思而占有代理权外观证明：a. 如果行为人基于被代理人意思而占有代理权外观证明或类似情形，被代理人具有可归责性，即使基础关系无效或事后被撤销；b. 如果行为人非基于被代理人意思而占有代理权外观证明或类似情形，被代理人一般不具有可归责性，但在商事交易等更注重安全和效率的情形中存在例外，该例外在民商合一的整体背景下应予以顾及。

4. 如果相对人存在合理信赖，即使被代理人不具有可归责性，不构成表见代理，因此不承担积极信赖保护责任，但在被代理人具有过错的情形中，其仍可能承担消极的信赖保护责任。

本文同时是对方法问题的思考和有意识运用。本文的论证以表见代理和善意取得的基本结构相似性中所蕴含的价值判断相似性作为出发点，试图通过对善意取得的规范分析抽取法秩序中所蕴含的价值判断，透过规范发现更具普遍性的价值，使得法秩序中的价值清晰化，并据此涵摄表见代理规则，以“规范之外，法秩序之内”的价值作为思考指引，运

[54] 这在“兴业银行广州分行与深圳市机场股份有限公司借款合同纠纷案”（最高人民法院〔2008〕民二终字第124号民事判决书）中体现出来。本案中，法院认为相对人具有过失故并非善意，不构成表见代理，同时被代理人也具有明显过错，最终根据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第5条第2款认定被代理人应承担赔偿责任。此时被代理人根据该款所承担的赔偿责任只能是信赖利益的赔偿。当然在本案中，如果相对人为善意，则由于行为人与被代理人之间存在职务关系，应认为构成表见代理。

用批判性思维实现体系内批判,对民法总则第172条和合同法第49条进行隐藏漏洞的填补和具体化,并进一步通过实质论证而予以外部证成。在这个过程中,教义是价值导向的教义,价值是教义证成的价值,包含了实质证成的教义证成能够促使教义的发展和规范的续造。在价值多元的时代,价值判断需要民主的论证,但也需要权威的价值决断,真正的权威是法秩序本身的权威,民主的论证只有以法秩序权威为基础才有可能取得重叠共识,以法秩序权威为基础但取向更为多元化因此也更具有包容性的民主论证使得法秩序权威更具有正当性。正是在合法性与正当性、法的安定性和合目的性、价值多元和价值决断、民主论证与法秩序权威的往返流转激荡中,法律人所承受的规范重负造就了法律人更大的自由和尊严。

Abstract: As to apparent agency, the General Part of Civil Code of PRC still continues the provision mode in the Contract Law, and do not provide clearly whether the elements of apparent agency should include the imputability of the principal. There is a similarity in basic structure between good faith acquisition and apparent agency that adopts the mode of positive protection of reliance. By analyzing the norms on good faith acquisition in the currently effective Chinese laws, a general value judgment involved in the responsibility derived from the appearance of right can be extracted. In line with the elements of good faith acquisition, the elements of apparent agency should also include the imputability of the principal, which should be interpreted and constructed according to the principle of risk. This principle has the characteristic of dynamic and integrated balance. In order to lend concreteness to this principle, we should distinguish different types of cases and make substantive argumentation respectively, so that definite rules can finally be obtained. In this process, different factors, such as the information cost of the agent, the cost of avoidance of the principal, the profit of the principal, the remedy cost of both parties and the characteristic of commercial transactions, should be balanced. At the same time, even if the principal needs not bear the responsibility of positive protection of reliance because of the absence of his imputability, he may still need to bear the responsibility of negative protection of reliance, so as to realize a balance of legal consequences.

Key Words: apparent agency, good faith acquisition, protection of reliance, imputability, principle of risk
